



Roj: **SAP O 3929/2021 - ECLI:ES:APO:2021:3929**

Id Cendoj: **33044370052021100436**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **01/12/2021**

Nº de Recurso: **263/2021**

Nº de Resolución: **437/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00437/2021

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000263 /2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

DON EDUARDO GARCÍA VALTUEÑA

En OVIEDO, a uno de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Incapacitación nº 757/20, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **263/21**, entre partes, como apelante y demandante **DON Anton**, representado por la Procuradora Doña María Teresa Rodríguez Alonso y bajo la dirección de la Letrado Doña Izaskun Suárez Huerga, como apelado, demandado e incomparecido en esta alzada DON Balbino, y el **MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha dieciocho de marzo de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMANDO la demanda interpuesta por Don Anton, DECLARO que procede modificar la capacidad de obrar de DON Balbino, con DNI NUM000, al carecer de la suficiente capacidad de obrar y habilidades necesarias para actuar por sí solo y prestar consentimiento válido en relación a:

1) Decidir el lugar de su residencia, autorizándose, desde este momento, que permanezca en la Residencia en la que se encuentra.

2) Otorgar consentimiento válido informado para cualquier tratamiento médico, psiquiátrico o quirúrgico.

Se adopta como MEDIDA DE APOYO nombrar a su hijo DON Anton como su CURADOR, quien deberá suplir y completar la capacidad de obrar de aquél para las actividades mencionadas.

Sin hacer pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales devengadas en esta primera instancia."



TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don Anton , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, y al haberse practicado las pruebas previstas en el art. 759.1 y 3 de la LEC, se señaló para la vista del recurso el día 8 de noviembre de 2.021, la que se celebró con asistencia de las partes.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Antecedentes del caso: Don Balbino nació el NUM001 -1943, está casado y tiene tres hijos; vecino de Gijón, vivía en una vivienda de su propiedad con su esposa y dos hijos; actualmente, desde el 18-8-2020, está ingresado en el Centro Geriátrico Ovida en Oviedo; su hijo Don Anton promovió su declaración de incapacidad ante los Juzgados de Gijón, quienes se inhibieron a favor de los de Oviedo, dando lugar a los presentes autos de incapacitación, no sin antes decretar, por auto de 3-8-2020, como medida cautelar, su internamiento en centro geriátrico asistencial.

Don Balbino fue ingresado en el Servicio de Salud Mental del Hospital de Jove por alteraciones de su conducta en los períodos del 10 de junio del año 2.020 al 22 de ese mes y de nuevo en julio, desde el día 10 al 15 de ese mes, también del año 2.020.

Examinado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Asturias, con el fin de decidir sobre la referida medida cautelar, la Perito Doña Ariadna emitió dictamen con fecha 22-10-2020 informando como conveniente para su cuidado y supervisión su ingreso en un centro adecuado, al considerar insuficiente a esos fines el soporte familiar (esposa e hijos), así como que el examinado padece una demencia vascular mixta cortical y subcortical moderada con importante alteración de la conducta; que carece de recursos psíquicos para una vida autónoma e independiente, no pudiendo cuidar de sí mismo ni subvenir a sus necesidades, y de habilidades en el ámbito económico y jurídico (a excepción del manejo de dinero de bolsillo) y para gestionar su salud, de la que no tiene conciencia como tampoco adherencia al tratamiento, cuya complejidad, de otro lado, excede de sus recursos intelectuales.

Luego, dentro del procedimiento que nos ocupa, se emite con fecha 15-3-2021 nuevo informe médico-forense cuyo examen se hace mediante videollamada, donde se reitera el diagnóstico del padecimiento de deterioro cognitivo por causa mixta con deficiente manejo de su autocuidado, salud y alimentación; se valora positivamente su mejoría con el inicio del tratamiento, aunque se advierte que va a un deterioro progresivo y se aprecia una limitación parcial de su capacidad con momentos lúcidos y otros de peor control donde primará el abandono de su cuidado, especificándose respecto de su conocimiento sobre su situación económica y la posibilidad de testar que sí está capacitado, y en este contexto por el Tribunal de la instancia decreta la modificación de su capacidad limitándola a decidir sobre su lugar de residencia y prestar consentimiento para tratamientos médico, quirúrgicos o psiquiátricos, estableciendo como medida de apoyo la curatela a cargo de su hijo Don Anton .

Éste no se conforma y recurre, pues a su juicio debió declararse a su padre totalmente incapaz y si no y en todo caso extender su incapacidad y la curatela a todo acto de disposición patrimonial, otorgar **testamento** o ejercitar acciones judiciales.

Al respecto de la situación patrimonial de Don Balbino los antecedentes recabados y conocidos a raíz y con motivo de la audiencia de sus hijos en esta alzada, y que el Tribunal de la instancia no pudo tener en cuenta, son los que siguen: Don Balbino está jubilado y percibe una pensión por jubilación que en el ejercicio 2.020 ascendía a 1.298 €, en 14 pagas, esto es unos 1.514 € al mes (de acuerdo con la información recibida a través del punto neutro, en el ejercicio fiscal del año 2.020 consta una retribución por pensión de 22.225,04 €, sobre la que se practicó una retención de 2.693,60 €); en segundo lugar, sobre la vivienda que fue su residencia, de propiedad ganancial, constituyó sendas hipotecas en garantía de un préstamo suscrito en el año 2.002 con el hoy Banco Santander y otro con Cofiastur el 19-9-2012 y, de nuevo, el 22-2-2.013 otro con Financiera Carrión por nominal de 20.000 €, vencimiento el 4-3-2.021, un TIN del 14,950 (TAE 18,37%), lo que comporta la suma de 14.399,68 € en concepto de intereses ordinarios, un interés moratorio del 24%, un sistema de amortización mediante cuota mensual fija de 358,33 € y una comisión de apertura del 6% (1.200 €), facultándose al prestamista a usar del capital aquella suma necesaria para cancelar las deudas hipotecarias preexistentes según su saldo a la fecha, esto es, una de 5.790,16 €, el crédito de Cofiastur y otra de 5.632,93 €, el del Banco de Santander; tercero, Financiera Carrión dio por vencido el préstamo e instó juicio de ejecución hipotecario frente a Don Balbino y su esposa dando lugar a los autos 73/2021 del Juzgado de Primera



Instancia nº 5 de Gijón; y cuarto, asimismo y también, Don Balbino suscribió con Carrefour un préstamo personal cuyo crédito dicha entidad cedió a Invest Capital, que a su vez promovió juicio monitorio frente a Don Balbino en reclamación de una deuda de 12.847,63 €.

Para acabar, en la alzada Don Balbino fue de nuevo examinado por el Instituto Médico Forense, quien informó que no está preocupado por nada ni tiene conciencia de su enfermedad, que respecto del manejo de su economía no tiene conciencia alguna del cuidado de su familia, ni es capaz de prever gastos futuros o entender lo que es ahorrar, ni recuerda préstamos solicitados ni su situación de endeudamiento, presentando dificultad para decidir sobre aspectos de su economía, resultando inhábil para decidir y muy influenciado y manejable, por lo que debe de ser incapacitado en el ámbito del manejo de gastos o bienes, concluyendo, en definitiva, que estamos ante un deterioro mental cognitivo lento pero inexorable, que le inhabilita de forma muy importante para todo lo relacionado con el manejo económico en sentido amplio y también del de su salud.

En igual sentido, explorado por este Tribunal sobre su situación económica, refería ser perceptor de una pensión y la extracción periódica de una pequeña suma para los gastos ordinarios domésticos y no mostró conocimiento alguno de las deudas y cargas, sino, por el contrario, toda despreocupación al respecto.

SEGUNDO.- Con estos antecedentes convienen las siguientes consideraciones: primero, que de acuerdo con DT 6 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, el Tribunal debe decidir conforme a la reforma introducida por dicha Ley en el régimen relativo a las personas con discapacidad; segundo, que dicho nuevo régimen está inspirado en el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad mediante un sistema de apoyos asistenciales para la toma de decisiones que deberán concretarse de acuerdo con criterios de necesidad y proporcionalidad (art. 249 CC), entre las que está la de curatela para quienes precisen de apoyo continuado (art. 250 CC); tercero, ésta se constituirá por resolución motivada, en la que se concretarán los actos para los que se requiere asistencia del curador, cuya intervención, como regla, será asistencial, pero cubriendo también que lo sea representativa, de forma excepcional, cuando las concretas circunstancias revelen la insuficiencia del apoyo asistencial (art. 269 CC); y cuarto, que en nuestro caso la persona con discapacidad, Don Balbino, no ha mostrado oposición formal a la decisión del Tribunal de la instancia que establece una curatela representativa en los aspectos relativos a su lugar de residencia y atención de su salud, limitándose el recurso a decidir sobre la extensión de esa curatela representativa en el ámbito patrimonial.

Dicho y precisado lo cual, como expone la reciente sentencia del TS de 8-9-2021 analizando la regulación vigente, cuando la discapacidad que aqueja al sujeto afecta a la capacidad de decisión y autodeterminación de aquella esfera de su personalidad sometida a examen no se puede obviar la realidad y el principio que domina la regulación de intervención mínima y respeto a la autonomía del sujeto y a su voluntad y deseos (art. 268 CC) que explica y justifica un apoyo asistencial debe de decaer en la medida y proporción en que su discapacidad anula sus facultades de autodeterminación en el ámbito del desarrollo de su capacidad sometido a examen; en el caso, la discapacidad que padece Don Balbino no le permite ser consciente del significado de los actos patrimoniales que vayan más allá del estricto ámbito del gasto menudo y ordinario y así lo pudo comprobar el Tribunal con motivo de su exploración y fácilmente se colige de lo referido; tal grado de discapacidad afectante a la llevanza y gobierno de sus intereses económicos y patrimonio, al tener como base una enfermedad irreversible y en progresiva evolución, no puede resolverse con un apoyo asistencial transitorio, sino que es ineludible acudir a una curatela representativa, muy especialmente, y de forma obligada, para defensa de sus intereses económicos como contratante y consumidor en los procesos promovidos frente a él por sus acreedores.

El art. 269 del CC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, obliga al Tribunal a concretar los actos para los que se requiere la medida de apoyo, pero como es que en el caso de Don Balbino su discapacidad le impide decidir de modo pleno sobre cualquier acto de disposición patrimonial que exceda del dinero de bolsillo, podemos remitirnos, para mayor concreción, a aquellos actos descritos en los ordinales 2 a 9, inclusive, del art. 287 CC.

No se incluye entre los actos sometidos a curatela el de otorgamiento de **testamento**, al quedar esta facultad sometida a lo dispuesto en el art. 665 CC.

Por tanto, y concluyendo, sin perjuicio de la revisión por el Tribunal de la instancia de las medidas de apoyo que no fueron objeto de esta apelación (DT 5 de la Ley 8/2021) y de que debe desterrarse de su parte dispositiva la declaración de modificación de la capacidad por no ser conforme con la actual legislación y sustituirse por la del establecimiento de la medida de apoyo de la curatela con funciones representativas, se extiende ésta al ámbito patrimonial de Don Balbino y más en concreto a los actos relacionados en los ordinales 2 a 9, inclusive, del art. 287 CC y también en la defensa de sus intereses como demandado en los procesos promovidos por Financiera Carrión e Invest Capital.

TERCERO.- La especial naturaleza de lo debatido justifica que no proceda expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.



Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Don Anton contra la sentencia dictada en fecha dieciocho de marzo de dos mil veintiuno por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** en el sentido de dejar sin efecto su declaración de modificación de la capacidad de Don Balbino, sustituyéndola por la de acordar la medida de apoyo de su discapacidad de la curatela con efectos representativos en los ámbitos de su salud y lugar de residencia y extender esta declaración a los actos patrimoniales de los ordinales 2 a 9, inclusive, del art. 287 CC y en especial y también a la defensa de sus intereses como contratante en los juicios promovidos frente a él por quienes accionan como sus acreedores.

No procede hacer expresa imposición respecto de las costas de esta alzada.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.